

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.369 van 15 juli 2013
in de zaak A. 209.233/XII-7396**

In zake: de BVBA ICHOOSR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Lemmens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Nathanaëlle Kiekens en
Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV PRIZE WIZE HOLDING,
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 juni 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Provincie Oost-Vlaanderen dd. 30 mei 2013 tot gunning van de opdracht aangaande de aanstelling van een externe dienstverlener voor de groepsaankoop

van 100% groene stroom en aardgas voor particulieren en bedrijven van de provincie Oost-Vlaanderen aan PrizeWize en niet aan bvba Ichoosr”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 juli 2013 heeft de bv Prize Wize Holding gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 juli 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Ruben Vansteenkiste en David Van Valckenborgh, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Nathanaëlle Kiekens, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Rika Heijse en Liesbet Bombeke, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De provincie Oost-Vlaanderen schrijft een opdracht uit voor aanneming van diensten voor het aanstellen van een externe dienstverlener voor een groepsaankoop 100% groene stroom en aardgas voor particulieren en bedrijven van de provincie Oost-Vlaanderen. De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

3.2. Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven in het toepasselijke bestek (blz. 2):

“De provincie Oost-Vlaanderen zoekt een externe dienstverlener voor de groepsaankoop van 100% groene stroom en aardgas voor particulieren en bedrijven (met laagspanning en verbruik tot 50.000 kWh Elektriciteit en 100.000 kWh gas) van de provincie Oost-Vlaanderen. De opdracht vangt aan met de campagne die in april 2013 [...] start. Mogelijks kan de opdracht worden uitgebreid met een 2e groepsaankoop in 2014 en een 3e in 2015. Indien de opdrachtgever beslist in 2014 en eventueel ook in 2015 een groepsaankoop te organiseren, zal de opdrachtnemer er toe gehouden zijn deze opdracht uit te voeren aan dezelfde voorwaarden van de eerste groepsaankoop. In functie van gewijzigde markt en in functie van gewijzigd belang van het bestuur kan over de contractuele en technische bepalingen worden onderhandeld”.

Met betrekking tot de kwalitatieve selectie bevat het bestek onder rubriek I.5, bijzondere bepalingen.

3.3. Twee van de vijf aangeschreven ondernemingen dienen een offerte in: de gekozen inschrijver PrizeWize en verzoekende partij bvba iChoosr.

3.4. Op 26 februari 2013 stuurt verwerende partij een e-mail aan PrizeWize met de vraag om enkele verduidelijkingen van de offerte. Zo wordt onder meer gevraagd:

“1) Referentie: zie bestek I.5. Kwalitatieve selectie

a) ‘de inschrijver moet minstens 3 relevante referenties voorleggen voor relevante opdrachten’, uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar in binnen- of buitenland (zowel voor particulieren als bedrijven) -> ik begrijp dat jullie heel wat referenties hebben, maar kan niet opmaken of er daar ook tussen staan die voor kleine bedrijven, KMO's gelden. Kan u dit nog verder specificeren.

b) Voor ons geldt natuurlijk de groepsaankoop van Testaankoop in België als belangrijkste referentie, vandaar onze vraag of u ons de naam van jullie contactpersoon bij Testaankoop kunnen doorgeven”.

3.5. Bij e-mailbericht van 26 februari 2013 bezorgt de gekozen inschrijver aan verwerende partij enkele verduidelijkingen bij zijn offerte. Zo wordt onder meer uiteengezet:

“ 1) Referentie: Zie bestek I.5. Kwalitatieve selectie

a) [...]

PrizeWize: PrizeWize en haar partners hebben nooit KMO's uitgesloten voor de groepsaankopen. De meeste KMO's vallen binnen de gebruiksgrenzen voor particulieren, waardoor ook zij voor de aanbidding in aanmerking kwamen.

In Nederland heeft PrizeWize speciaal voor KMO (MKB) gebruikers een energievergelijker

(<http://www.prizewize.nl/energie/zakelijke-energie-vergelijken/>) en heeft PrizeWize een speciale offerte module voor grootzakelijke gebruikers (<http://www.prizewize.nl/energie/grootzakelijke-energie-vergelijken/>).

b) [...]

PrizeWize: Wij hebben TA verzocht of wij hen als referentie op mogen geven. Wij komen hier zo spoedig mogelijk op terug”.

3.6. Op 4 maart 2013 wordt een gunningsverslag opgesteld. Met betrekking tot de referenties wordt in het gunningsverslag vermeld:

Firmanaam	Referenties
iChoosr	iChoosr werkt de laatste drie jaren samen met community leaders zoals de provincies West-Vlaanderen en Antwerpen, de Sp.a, de Gazet van Antwerpen, de Labour Party (UK) en Vereniging Eigen Huis (NED), waarbij met uitzondering van De Gazet van Antwerpen >30.000 inschrijvingen werden gerealiseerd. De groepsaankopen voor kleine bedrijven en KMO's realiseerde iChoosr in samenwerking met de provincie West-Vlaanderen, de SP.a en de provincie Oost-Vlaanderen, met telkens >1.000 inschrijvingen. iChoosr voegde hiervan een referentielijst toe aan de offerte.
PrizeWize	PrizeWize was de laatste drie jaren vooral in Nederland en Groot-Brittannië actief, maar realiseerde in 2012 in samenwerking met Testaankoop een groepsaankoop in België met 152.000 inschrijvingen (en 46.000 overstappers). Momenteel loopt ook een groepsaankoop in Portugal. PrizeWize voegde een referentielijst toe aan de offerte, waaruit blijkt dat minstens 3 acties >30.000 inschrijvers werden gerealiseerd. Voor kleine bedrijven en KMO's werd geen referentie teruggevonden in de offerte. Bijkomende info werd opgevraagd: “ PrizeWize: PrizeWize en haar partners hebben nooit KMO's uitgesloten voor de groepsaankopen. De meeste KMO's

	vallen binnen de gebruiksgrenzen voor particulieren, waardoor ook zij voor de aanbidding in aanmerking kwamen. In Nederland heeft PrizeWize speciaal voor KMO (MKB) gebruikers een energievergelijker (http://www.prizewize.nl/energie/zakelijke-energie-vergelijken/) en heeft PrizeWize een speciale offerte module voor grootzakelijke gebruikers (http://www.prizewize.nl/energie/grootzakelijke-energie-vergelijken/).
--	--

In het gunningsverslag wordt volgende eindbeoordeling opgenomen:

Firmanaam	Visie en aanpak (30%)	Kostprijs en compensatiebedrag (70%)	Puntenscore totaal (100%)
iChoosr	26	56	82
PrizeWize	28	70	98

3.7. Bij beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 14 maart 2013 wordt goedkeuring verleend aan het gunningsverslag en wordt de opdracht gegund aan PrizeWize.

3.8. Bij arrest nr. 223.362 van 2 mei 2013 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van voormelde beslissing.

3.9. In het kader van een heroverweging van haar beslissing vraagt verwerende partij bijkomende toelichting aan PrizeWize omtrent de ingediende referenties. Bij e-mail van 15 mei 2013 verstrekt PrizeWize een nadere uitwerking van de lijst met groepsaankopen die zij organiseerde.

3.10. Bij besluit van de deputatie van 30 mei 2013 wordt de beslissing van 14 maart 2013 ingetrokken en wordt een nieuwe gunningsbeslissing genomen. In deze nieuwe gunningsbeslissing wordt onder meer overwogen:

“De Raad van State besliste bij arrest nr. 223.362 van 2 mei 2013 bij uiterst dringende noodzakelijkheid tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van voormelde beslissing van 14 maart 2013.

Ten gevolge hiervan is het aangewezen de beslissing van 14 maart 2013 in te trekken en een nieuwe beslissing te nemen teneinde tegemoet te komen aan de kritieken die aan de basis lagen van het schorsingsarrest. Aldus is ervoor geopteerd aanvullende duiding te verstrekken bij de besteksbepalingen en de vaststelling dat wel degelijk aan de vooropgestelde selectiecriteria werd voldaan door Prize Wize Holding BV.

Volgens het arrest van de Raad van State is de volgende bepaling van het bestek niet geheel duidelijk:

‘De inschrijver moet minstens 3 relevante referenties voorleggen van relevante opdrachten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaren in binnen- of buitenland (zowel voor particulieren als voor bedrijven). De referentieprojecten worden beschreven qua tijdstip, opdrachtgever en omvang (> 30.000 inschrijvingen per actie voor particulieren en > 1.000 inschrijvingen per actie voor bedrijven). Aan de hand daarvan zal de aanbestedende overheid oordelen of de inschrijver voldoende ervaring heeft om deze opdracht uit te voeren’.

In toepassing van het arrest lijkt het aangewezen nader te preciseren (1) wat onder ‘particulieren’ en onder ‘bedrijven’ dient te worden verstaan en (2) of voor elk van deze categorieën telkens drie referenties moeten voorgelegd worden, alsook (3) of de vereiste inschrijvingen voor particulieren resp. bedrijven betrekking mogen hebben op dezelfde opdrachten. Op deze punten wordt hieronder een antwoord geboden.

1. Wat het eerste punt betreft verwijst de besteksbepaling III 1.2. naar de doelgroep van de opdracht, met name:

‘Alle particulieren en bedrijven van de provincie Oost-Vlaanderen die minstens één afnamepunt voor elektriciteit of aardgas hebben op het grondgebied van de provincie Oost-Vlaanderen.
-enkel laagspanningsafname
-maximum verbruik van 50.000 kWh voor elektriciteit en 100.000 kWh voor aardgas’.

De regelgeving van toepassing op leveranciers van elektriciteit en gas kent de noties particulieren (huishoudelijke afnemers) en bedrijven (niet-huishoudelijke afnemers) als verschillende categorieën. Zo kan gewezen worden op de federale consumentenbescherming (Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming of WMPC) en op de Gewestelijke regeling inzake afsluiting van netgebruikers (Energiedecreet). Evenwel bepaalt de federale Elektriciteitswet thans een zelfde beschermingsregeling voor zowel huishoudelijke afnemers als voor KMO's (verbruik van <50.000 kWh elektriciteit en <100.000 kWh aardgas) op het vlak van onder meer de verbrekingsvergoeding (sinds 25 augustus 2012 (Wet houdende diverse bepalingen inzake energie — in

werking getreden op 13 september 2012)) en de aanpassing van de prijzen (ingevoegd bij Wet van 8 januari 2012). Gelet op het specifieke voorwerp van de groepsaankoop die beoogd wordt (verbruik van <50.000 kWh elektriciteit en <100.000 kWh aardgas) mag het onderscheid tussen particulieren (huishoudelijke afnemers) en bedrijven dus niet te zeer worden overbelicht (nu dit volgens de reglementaire bepalingen onder dezelfde categorisering ressorteert).

Toch werd dit onderscheid in casu wél nog aangehouden. Dit gebeurde enerzijds omwille van het tweesporenbeleid in de te voeren communicatie tijdens de inschrijfperiode naar de twee verschillende 'doelgroepen' toe, die elk een aparte aanpak vergen en anderzijds wegens de 'op maat' begeleiding van beide doelgroepen (inzonderheid door de Provincie Oost-Vlaanderen voor de particulieren en door de POM Oost-Vlaanderen voor de bedrijven).

De Provincie Oost-Vlaanderen maakt in haar bestek, voor wat de veiling zelf betreft, verder echter geen onderscheid tussen particulieren en bedrijven. Er wordt zelfs de voorkeur gegeven om beide doelgroepen samen te veilen vermits verwacht kon worden dat dit de beste resultaten zou opleveren.

Dit blijkt verder ook uit het bestek, onder III.1.4.:

- 'De externe dienstverlener organiseert een online veiling voor particulieren én bedrijven (met laagspanning en een verbruik tot 50.000 kWh elektriciteit en 50.000 kWh aardgas) met standaard:
- Contract 100% groene elektriciteit (vaste prijs)
 - Combicontract 100% groene elektriciteit (vaste prijs) – Aardgas (geïndexeerde prijs)'.

Daarnaast blijkt dit ook uit het gunningsverslag van de commissie: 'De commissie beoordeelt bovendien het voorstel van Prize Wize om beide veilingen op dezelfde dag te laten doorgaan, evt. zelfs gecombineerd, als positief. Aan de basis hiervan liggen zowel organisatorische als communicatieve aspecten'.

Om de referenties te kunnen beoordelen, is aldus een inhoudelijke invulling aan de notities 'particulier' en bedrijf' vooropgesteld.

Op de website van de VREG (www.vreg.be), de Vlaamse Regulator voor de Elektriciteits- en Gasmarkt, is volgende informatie over het gemiddelde verbruik van gezinnen in Vlaanderen voor zowel elektriciteit als aardgas terug te vinden:

'Het elektriciteitsverbruik van een alleenstaande bedraagt gemiddeld 600 kWh. Het verbruik van een klein gezin zit rond 1.200 kWh en een doorsnee gezin verbruikt 3.500 kWh. iets grotere

verbruikers zonder elektrische verwarming verbruiken 7.500 kWh. Als er echter met elektriciteit wordt verwarmd kan het verbruik veel hoger oplopen (vb. Grote verbruiker + accumulatie verwarming en/of elektrische boiler 20.000 kWh)

Het aardgasverbruik van een doorsnee gezin in Vlaanderen bedraagt gemiddeld 2.326 kWh. Als het aardgas niet alleen gebruikt wordt voor het fornuis en warm water maar ook voor de verwarming, dan stijgt het verbruik al snel naar 23.260 kWh of zelfs 34.890 kWh voor een grote verbruiker’.

Tijdens de tweede groepsaankoop van de provincie Oost-Vlaanderen werd de veiling voor bedrijven in mei 2012 gewonnen door energieleverancier Essent. De bedrijven die op het aanbod van Essent ingingen en van energieleverancier veranderden hadden volgende kenmerken:

Een gemiddeld aardgasverbruik van 18.000 kWh (916 bedrijven)
Een gemiddeld elektriciteitsverbruik van 4.123 kWh (1330 bedrijven).
(bron: Essent, dd. 15/05/2013)

Een significante steekproef, die augustus 2012 door de POM Oost Vlaanderen werd uitgevoerd in de Gentse Haven en de bedrijventerreinen in Maldegem, leverde volgende kenmerken op:

Een gemiddeld aardgasverbruik van 17.888 kWh (472 bedrijven)
Een gemiddeld elektriciteitsverbruik van 11.519 kWh (472 bedrijven).
(bron: Interreg-project Eco2Profit; bedrijven uit de Gentse Haven en bedrijventerreinen Maldegem)

De Deputatie leidt hieruit af, rekening houdend met een ruime marge, dat er vanaf een elektriciteitsverbruik > 20.000 kWh en/of een aardgasverbruik > 50.000 kWh, kennelijk van een ‘bedrijf’ kan worden gesproken, ook al blijkt het gemiddeld verbruik van een bedrijf op grond van de hogervermelde eigen brongegevens zelfs nog een stuk lager te liggen.

2. De besteksbepaling dient zo begrepen te worden dat zowel voor de categorie ‘particulieren’ als voor de categorie ‘bedrijven’ minstens drie referenties moeten voorgelegd worden. Deze strekking werd minstens ook aangehouden door de deelnemende inschrijvers vermits zowel Prize Wize Holding BV als iChoosr bvba voor elke categorie meerdere referenties kunnen voorleggen.

3. De referenties mogen uiteraard betrekking hebben op dezelfde opdracht, als daaruit maar blijkt dat het vereiste aantal inschrijvers werd gehaald per categorie. Nergens wordt in het bestek uitgesloten dat de quota geen betrekking zouden mogen hebben op hetzelfde project. Ook de opdracht

waarvoor de gunning wordt uitgeschreven zal overigens betrekking hebben op eenzelfde project voor zowel particulieren als bedrijven.

Op grond van de thans beschikbare gegevens is de Provincie Oost-Vlaanderen van oordeel dat Prize Wize Holding BV wel degelijk over voldoende ervaring beschikt om de opdracht uit te voeren met betrekking tot de in de bevraging gestelde selectiecriteria betreffende de vereiste referenties en dit zowel voor particulieren als bedrijven.

De referenties inzake particulieren (met name (> 30000 inschrijvingen per actie voor particulieren) hebben nooit ter discussie gestaan en zijn zonder meer in orde.

Na het schorsingsarrest van de Raad van State van 2 mei 2013, werd de besloten vennootschap PrizeWize herbevestigd om de - van meet af aan aangeleverde referenties inzake bedrijven nader te expliciteren en te duiden. De Provincie Oost-Vlaanderen wenste zich ervan te vergewissen, gevolg gevend aan het schorsingsarrest van de Raad van State, dat de besloten vennootschap PrizeWize wel degelijk terecht geselecteerd mocht worden.

Aldus werd toelichting gevraagd omtrent de referenties die betrekking hebben op ' > 1.000 inschrijvingen per actie voor bedrijven '.

Prize Wize Holding BV verstrekke aldus op 15 mei 2013 een nader uitgewerkte lijst ter verduidelijking van de reeds eerder overgemaakte toelichting 'PrizeWize en haar partners hebben nooit KMO's uitgesloten voor de groepsaankopen. De meeste KMO's vallen binnen de gebruiksgrenzen voor particulieren, waardoor ook zij voor de aanbidding in aanmerking kwamen'.

Hieruit blijkt dat tijdens vorige groepsaankopen minstens 3 keer > 1000 inschrijvingen door bedrijven werden gerealiseerd:

Referenties PrizeWize:

1) voor elektriciteit én aardgas

Referentie 1 Testaankoop (oktober 2012)

Gas > 50.000 kWh: 1.721 inschrijvers

Elek > 20.000 kWh: 2.511 inschrijvers

Referentie 2 Consumentenbond (maart 2012)

Gas > 50.000 kWh: 2.898 inschrijvers

Elek > 20.000 kWh: 1.153 inschrijvers

Referentie 3 Which (maart 2012)

Gas > 50.000 kWh: 1.535 inschrijvers

Elek > 20.000 kWh: 1.152 inschrijvers

2) voor enkel aardgas

Referentie 4 Consumentenbond (september 2012)

Gas > 50.000 kWh: 2.370 inschrijvers

Referentie 5 Consumentenbond (november 2011)

Gas > 50.000 kWh: 2.097 inschrijvers

Referentie 6 Consumentenbond (juni 2012)

Gas > 50.000 kWh: 1.081 inschrijvers

Referentie 7 — Consumentenbond (mei 2011)

Gas > 50.000 kWh: 1.183 inschrijvers

Uit het verslag van nazicht van de offertes van 4 maart 2013 en uit het voorgaande blijkt derhalve ontegensprekelijk dat Prize Wize Holding BV voldoet aan alle gestelde selectiecriteria en tevens overeenkomstig de vooropgestelde gunningscriteria als beste inschrijver wordt beoordeeld.

3. Besluit

Artikel 1: Het besluit van de Deputatie van 14 maart 2013 tot gunning van de opdracht aangaande de aanstelling van een externe dienstverlener voor de groepsaankoop van 100% groene stroom en aardgas voor particulieren en bedrijven van de provincie Oost-Vlaanderen aan Prize Wize Holding BV, wordt ingetrokken.

Artikel 2: Het verslag van nazicht van de offertes van 4 maart 2013 voor de opdracht: Aanstellen van een externe dienstverlener voor de groepsaankoop van 100% groene stroom en aardgas voor particulieren en bedrijven (met laagspanning en verbruik tot 50.000 kWh Elektriciteit en 100.000 kWh Aardgas van de provincie Oost-Vlaanderen, wordt goedgekeurd en als bijlage gevoegd bij onderhavig besluit

Artikel 3: De opdracht wordt gegund aan Prize Wize Holding BV [...] voor een bedrag van nul euro”.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. Verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid op voor zover het beroep gericht is tegen de impliciete weigering om de opdracht te gunnen aan de bvba iChoosr.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de

schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van “het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel, de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en [...] van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel (art. 10-11 Grondwet)”.

Verzoekende partij voert aan dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat de aanbestedende overheid een nieuwe interpretatie geeft aan het kwalitatief selectiecriteria inzake referenties waardoor zij het bestek schendt en het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Het selectiecriteria is trouwens voor verschillende interpretaties vatbaar en de aanbestedende overheid mag zich niet zomaar op haar discretionaire bevoegdheid beroepen om voor de ene of de andere interpretatie van de besteksbepaling te kiezen, zoals de Raad van State reeds zou hebben aangegeven in het arrest van

2 mei 2013 waarmee de tenuitvoerlegging van de vorige gunningsbeslissing werd geschorst.

Het bestek bepaalt als selectie criterium dat de inschrijver drie relevante referenties moet voorleggen uitgevoerd binnen de laatste drie jaar, zowel voor particulieren als voor bedrijven. Deze referentieprojecten moeten worden beschreven qua tijdstip, opdrachtgever en omvang, dit betreft >30.000 inschrijvingen per actie voor particulieren en >1.000 inschrijvingen per actie voor bedrijven.

Verzoekende partij verwijst naar het onderscheid dat de aanbestedende overheid maakt tussen huishoudelijke en niet-huishoudelijke afnemers zoals dit bepaald wordt in de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’ en de “gewestelijke regelgeving inzake afsluiting van netgebruikers (Energiedecreet 9 mei 2010)”. Zij bekritiseert de werkwijze van de aanbestedende overheid waarbij die het kwalitatief selectie criterium zou herinterpreteren in functie van informatie over het gemiddelde gebruik van gezinnen in Vlaanderen voor elektriciteit en aardgas die vermeld worden op de website van VREG. Zij stelt dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de voorgelegde referenties er ten onrechte zou van uitgaan dat alle gebruikers met een elektriciteitsverbruik van meer dan 20.000 kWh en/of aardgasverbruik van meer dan 50.000 kWh, kennelijk als een bedrijf moeten worden aangezien. Deze interpretatie van wie als particulieren en wie als bedrijven moeten worden beschouwd, werd niet opgenomen in het bestek zodat het transparantie- en gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, alsook het *patere legem* beginsel. Deze interpretatie zou ook afwijken van het in de wetgeving gehanteerde onderscheid van huishoudelijke en niet-huishoudelijke afnemers.

Bovendien legt verzoekende partij cijfers voor van groepsaankopen die ze organiseerde in 2012 en waaruit blijkt dat 922 particuliere verbruikers een elektriciteitsverbruik hadden van meer dan 20.000 kWh en 251 particuliere verbruikers een aardgasverbruik van meer dan 50.000 kWh.

Voorts voert verzoekende partij aan dat de aanbestedende overheid ten onrechte zou aanvaarden dat de referenties voor particulieren

respectievelijk bedrijven betrekking mogen hebben op dezelfde opdrachten waarvoor dan meer dan 30.000 particulieren inschreven en tegelijk meer dan 1000 bedrijven.

Verzoekende partij meent dat er juist een onderscheid wordt gemaakt tussen bedrijven en particulieren omwille van het verschillend rechtskader en de verschillende aanpak van beide categorieën. Indien de aanbestedende overheid zelf aangeeft dat er minstens een verschillende aanpak noodzakelijk is voor bedrijven/particulieren, dienen ook de referenties voor bedrijven/particulieren daar op afgestemd te zijn. Zelfs indien er toch bedrijven zouden hebben ingeschreven op groepsaankopen voor particulieren - wat heden nog steeds niet bewezen is door PrizeWize en de provincie Oost-Vlaanderen, is de aanpak van een groepsaankoop voor bedrijven en particulieren verschillend zodat een referentie van groepsaankopen voor particulieren waarop beweerdelijk ook bedrijven zouden hebben ingeschreven, niet als een referentie voor groepsaankopen van bedrijven kan worden beschouwd.

Beoordeling

8. De artikelen 68 en volgende van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ aangaande de kwalitatieve selectie voor overheidsopdrachten voor aanneming van diensten zijn in beginsel niet van toepassing op overheidsopdrachten die worden gegund met een procedure van onderhandeling zonder bekendmaking.

Te dezen werd in het bestek echter een bepaling opgenomen inzake de kwalitatieve selectie van de inschrijvers, die luidt:

“I.5. Kwalitatieve selectie: de bekwaamheid van de dienstverlener: vakkundigheid, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid.

Alle elementen en documenten moeten worden bijgevoegd om de beoordeling aan de hand van de selectiecriteria mogelijk te maken zoals:

- de kwaliteit van de opgegeven referenties;
- de deskundigheid en ervaring van de inschrijver en zijn medewerkers. de inschrijver vermeldt in de offerte welke deelopdrachten worden

toevertrouwd aan derden en geeft hun coördinaten op. de inschrijver voegt voor deze derden de gevraagde documenten in functie van hun kwalitatieve selectie.

Referenties

De inschrijver moet minstens 3 relevante referenties voorleggen van relevante opdrachten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar in binnen- of buitenland (zowel voor particulieren als voor bedrijven). De referentieprojecten worden beschreven qua tijdstip, opdrachtgever en omvang (>30.000 inschrijvingen per actie voor particulieren en >1.000 inschrijvingen per actie voor bedrijven.)

Aan de hand daarvan zal de aanbestedende overheid oordelen of de inschrijver voldoende ervaring heeft om deze opdracht uit te voeren”.

9. De gekozen inschrijver, PrizeWize voegde bij zijn offerte een document waarin verschillende referenties worden vermeld. In zijn arrest van 2 mei 2013, waarbij de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 14 maart 2013 werd geschorst, oordeelde de Raad van State dat op het eerste gezicht uit de door PrizeWize voorgelegde referenties bij zijn offerte niet bleek dat deze betrekking hadden op relevante opdrachten die reeds werden uitgevoerd en waarbij meer dan 1000 bedrijven hadden ingeschreven zoals gevraagd in het bestek. De Raad oordeelde ook dat uit de nadere toelichting die door PrizeWize werd gegeven per e-mail van 26 februari 2013, namelijk dat de opdrachten openstonden voor KMO's zonder dat PrizeWize daarbij aangaf hoeveel bedrijven hadden ingeschreven, nog steeds niet kon worden afgeleid of PrizeWize voldeed aan het betreffende selectie criterium.

Bovendien stelde de Raad ook vast dat met de documenten die door de gekozen inschrijver per e-mail van 22 maart 2013 aan verwerende partij werden bezorgd, verwerende partij kennelijk geen rekening had kunnen houden aangezien deze werden overgemaakt na het nemen van de gunningsbeslissing van 14 maart 2013. De Raad besloot dan ook dat in de mate dat op het ogenblik van het nemen van de bestreden gunningsbeslissing van 14 maart 2013 niet bleek dat door de gekozen inschrijver referenties voor groepsaankopen werden opgegeven waarop meer dan 1000 bedrijven inschreven, en de gekozen inschrijver toch werd geselecteerd, de aanbestedende overheid voorbij leek te gaan aan of een afwijking

leek toe te staan op de selectievereisten opgenomen in het bestek, in het voordeel van de gekozen inschrijver.

10. Te dezen moet echter worden vastgesteld dat verwerende partij, na het schorsingsarrest van de Raad van State van 2 mei 2013 PrizeWize opnieuw om toelichting heeft gevraagd omtrent de vraag of er bedrijven hadden ingeschreven voor de groepsaankopen die PrizeWize als referentie aanbracht.

In een e-mailbericht van 15 mei 2013 laat PrizeWize aan verwerende partij weten:

“Referenties KMO op basis van verbruiksgegevens:
N.B. dit zijn alleen de personen die ook de verbruiksgegevens hebben ingevuld (dit doet ongeveer 80%), de werkelijke getallen zullen dus ongeveer 25% hoger liggen)”.

Vervolgens worden voor de verschillende referenties die reeds aan de aanbestedende overheid waren bezorgd, de aantallen weergegeven van inschrijvers met een verbruik van meer dan 50.000 kWh gas en meer dan 20.000 kWh elektriciteit.

Verzoekende partij is van oordeel dat verwerende partij uit deze toelichting ten onrechte afleidt dat de gekozen inschrijver zou voldoen aan de selectievereiste zoals gesteld in het bestek.

Daarbij lijkt echter het volgende te moeten worden opgemerkt.

11. Verzoekende partij geeft aan dat verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing voor de interpretatie van het begrip “bedrijven” in het betrokken selectie criterium terecht verwijst naar het onderscheid tussen huishoudelijke en niet-huishoudelijke afnemers zoals bepaald in diverse regelgevingen. Verzoekende partij verwijst in haar verzoekschrift ook naar de definitie van huishoudelijke en niet-huishoudelijke afnemers die wordt gegeven in de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt.

Zoals aangegeven in de bestreden beslissing wordt de doelgroep van de groepsaankoop in het bestek nog eens omschreven, namelijk:

“Alle particulieren en bedrijven van de provincie Oost-Vlaanderen die minstens één afnamepunt voor elektriciteit of aardgas hebben op het grondgebied van de provincie Oost-Vlaanderen.
-enkel laagspanningsafname
-maximum verbruik van 50.000 kWh voor elektriciteit en 100.000 kWh voor aardgas”.

Uit de omschrijving van de doelgroep van de groepsaankoop in het bestek blijkt op het eerste gezicht dat grotere bedrijven, dit zijn grotere niet-huishoudelijke afnemers, uitgesloten worden van de te realiseren groepsaankoop.

In die zin lijkt aldus te mogen worden vastgesteld dat het voor partijen niet onduidelijk kon zijn wat in het bestek wordt bedoeld met het onderscheid tussen particulieren en bedrijven. Verzoekende partij lijkt in ieder geval ook zelf geen problemen ondervonden te hebben om de gevraagde referenties voor te leggen en werd ook geselecteerd. Daarbij kan ook worden opgemerkt dat niet blijkt dat enige kandidaat inlichtingen heeft gevraagd over hoe de term “bedrijf” in de selectievoorwaarden moet worden geïnterpreteerd.

Er lijkt op het eerste gezicht dan ook geen sprake te zijn van een herinterpretatie van het begrip “bedrijven” in strijd met het bestek zodat er geen schending van het transparantiebeginsel noch van het *patere legem* beginsel lijkt voor te liggen.

12. Daarnaast dient de aanbestedende overheid echter de door de inschrijvers voorgelegde referenties te beoordelen aan de hand van het onderscheid tussen particulieren en bedrijven op grond van de gegevens die de inschrijvers hebben verstrekt, waarbij dient te worden opgemerkt dat het bestek geen nadere vereisten stelde aan de wijze waarop de referenties werden voorgelegd, tenzij dat het tijdstip de opdrachtgever en de omvang – het aantal inschrijvers - zou worden vermeld.

In beginsel komt het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe de voorgelegde referenties te beoordelen en zij beschikt daarbij over een zekere beoordelingsvrijheid.

Bij het voorleggen van haar referenties heeft verzoekende partij zich ertoe beperkt een lijst op te geven van groepsaankopen die zij realiseerde met de vermelding van het tijdstip, de opdrachtgever en de omvang, met name de vermelding van het aantal particulieren dat inschreef en de vermelding van het aantal bedrijven dat inschreef voor de betrokken groepsaankopen. Verzoekende partij legde verder geen enkel stuk voor waaruit verwerende partij kon afleiden dat het door verzoekende partij opgegeven aantal bedrijven effectief deelnam aan de betrokken groepsaankopen. Ten aanzien van de referenties voorgelegd door verzoekende partij, oordeelde verwerende partij dat deze voldeden aan de selectievereisten.

De gekozen inschrijver heeft met een toelichting gegeven op 15 mei 2013 de aantallen verduidelijkt van de bedrijven die hebben ingeschreven voor de groepsaankopen die als referentie bij zijn offerte waren gevoegd. Op het eerste gezicht mocht verwerende partij met deze toelichting die ze uitdrukkelijk zelf gevraagd heeft bij het voorbereiden van de nieuwe gunningsbeslissing, rekening houden bij het nemen van de nieuwe beslissing. Verzoekende partij voert ook op geen enkele wijze aan dat verwerende partij hiermee de wettelijke grenzen van het vragen van toelichtingen aan inschrijvers in het kader van een onderhandelingsprocedure zou zijn te buiten gegaan, noch dat hierdoor het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden. Ten aanzien van de referenties voorgelegd door de gekozen inschrijver oordeelde verwerende partij op 30 mei 2013 eveneens dat deze referenties aldus voldeden aan de selectievereisten.

Hieruit lijkt te mogen worden besloten dat de aanbestedende overheid op grond van gelijkaardige gegevens, ten aanzien van de beide inschrijvers oordeelde dat zij voldeden aan de selectievereisten. Er is dan ook op het eerste gezicht geen schending van het gelijkheidsbeginsel vast te stellen.

13. Bovendien staaft de gekozen inschrijver het feit dat de referenties effectief ook betrekking hebben op niet-huishoudelijke afnemers aan de

hand van de verbruiksgegevens van de inschrijvers voor de betrokken groepsaankopen.

In de mate dat verzoekende partij kritiek uit op de wijze waarop verwerende partij haar onderzoek naar de referenties van bedrijven heeft gevoerd, kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat verzoekende partij zelf geen enkele aanwijzing geeft van hoe zij zelf in haar referenties het onderscheid heeft gemaakt tussen een particuliere inschrijver en een bedrijf, noch aan de hand van welke parameters de aanbestedende overheid had moeten beoordelen of de referenties werkelijk betrekking hadden op inschrijvingen van bedrijven, ermee rekening houdende dat het bestek dienaangaande geen nadere vereisten stelde.

Verwerende partij lijkt naast de verklaring van de gekozen inschrijver nog een bijkomend aanknopingspunt te hebben gezocht om uit de referenties zoals ze door de gekozen inschrijver werden voorgelegd te kunnen afleiden of het ging om referenties met betrekking tot niet-huishoudelijke gebruikers aangezien geen van beide inschrijvers bedrijfsgegevens voorlegde van de deelnemers aan de referentieopdrachten, hetgeen ook niet vereist leek op grond van het bestek. Verwerende partij heeft dan ten aanzien van de referenties van de gekozen inschrijver bijkomend het criterium van het verbruik mee in haar beoordeling betrokken, wat door de gekozen inschrijver zelf werd aangereikt. Aan de hand van een bijkomend onderzoek van de toepasselijke energiewetgeving, van verbruiksgegevens die werden teruggevonden op de website van de Vlaamse energieregulator, van verbruiksgegevens uit eerdere groepsaankopen die binnen de provincie Oost-Vlaanderen werden georganiseerd en een steekproef uitgevoerd door de POM Oost-Vlaanderen komt verwerende partij tot het besluit dat inderdaad mag worden aangenomen dat de referenties die de gekozen inschrijver voorlegt, beschouwd kunnen worden als groepsaankopen waar meer dan 1000 bedrijven - namelijk natuurlijke personen dan wel rechtspersonen die elektriciteit kopen die niet voor eigen huishoudelijk gebruik is bestemd - aan deelnamen.

Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat verwerende partij onderzocht heeft of de gekozen inschrijver drie referenties voorlegde van groepsaankopen waar meer dan 1000 bedrijven aan deelnamen en slechts tot selectie van de gekozen inschrijver heeft beslist nadat zij heeft vastgesteld dat aan

dat vereiste werd voldaan. Daarbij lijkt zij ten aanzien van de gekozen inschrijver een uitgebreider onderzoek te hebben gevoerd dan zij ten aanzien van de referenties van verzoekende partij heeft gevoerd. Het loutere feit dat gemiddelde verbruiksgegevens niet uitsluiten dat sommige huishoudelijke afnemers toch een verbruik hebben dat boven de door verwerende partij in overweging genomen grenzen van onderscheid zit, lijkt op zich er niet toe te leiden dat verwerende partij door het hanteren van deze werkwijze buiten de grenzen van een redelijke beoordeling zou zijn getreden, temeer daar het ook mogelijk lijkt dat sommige niet-huishoudelijke afnemers een verbruik hebben dat onder de grens ligt die werd vooropgesteld voor niet-huishoudelijke afnemers. Daarbij kan nogmaals worden benadrukt dat verzoekende partij zelf bij haar referenties noch bedrijfsgegevens, noch verbruiksgegevens heeft meegedeeld, maar louter verklaard heeft dat het om bedrijven gaat. Tussenkomen de partij heeft in haar toelichting van 15 mei 2013 eveneens verklaard dat de groepsaankopen betrekking hadden op KMO's, dus louter op grond hiervan lijkt verwerende partij, gelet op de gelijke behandeling van de inschrijvers, de referenties van de gekozen inschrijver reeds te hebben mogen aanvaarden.

Tussenkomen de partij wijst ook op een probleem van vertrouwelijkheid dat zou verhinderen dat de inschrijvers bij het voorleggen van referenties de integrale lijsten met de bedrijfsgegevens van de inschrijvers van eerder uitgevoerde groepsaankopen zouden meedelen aan de aanbestedende overheid. Tussenkomen de partij heeft nu ten behoeve van de Raad wel dergelijke lijst voorgelegd en daaruit lijkt op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat de referenties die zij voorlegde inderdaad betrekking hebben op bedrijven die een registratienummer dragen in het register van de kamer van Koophandel. Ten aanzien van het vertrouwelijk karakter van deze informatie kan in ieder geval worden vastgesteld dat verzoekende partij zelf ook de lijsten met de namen en verbruiksgegevens van particuliere gebruikers die ze neerlegt ter ondersteuning van haar eerste middel, vertrouwelijk neerlegt en dit omwille van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Voorts blijkt niet hoe verwerende partij door deze werkwijze bij de beoordeling van de referenties zoals ze werden voorgelegd door de inschrijvers, de mededinging zou hebben geschonden aangezien verzoekende partij niet

aantoont hoe een eventuele voorafgaande kennis van deze werkwijze ertoe zou hebben geleid dat ook andere kandidaat-inschrijvers zouden hebben ingeschreven voor de opdracht. Bovendien blijkt ook niet welk belang verzoekende partij in dit opzicht bij haar middel zou hebben.

14. Ten aanzien van de kritiek die verzoekende partij uit op het feit dat verwerende partij als referentie van groepsaankopen voor bedrijven referenties aanvaard heeft die betrekking hebben op groepsaankopen die eveneens openstonden voor particulieren, kan het volgende worden opgemerkt.

Zoals gezegd, blijkt uit de omschrijving van de doelgroep van de groepsaankoop in het bestek op het eerste gezicht dat grotere bedrijven uitgesloten worden van de te realiseren groepsaankoop. Het is in dat licht dat verwerende partij er in de bestreden gunningsbeslissing op wijst dat de federale regelgeving bedrijven met een verbruik van minder dan 50.000 kWh elektriciteit en minder dan 100.000 kWh aardgas, de bedrijven die aldus binnen de doelgroep van de overheidsopdracht vallen, beschouwt als KMO's en dat deze KMO's onder deze regelgeving een zelfde beschermingsregeling genieten als de huishoudelijke gebruikers of particulieren. Zij verwijst hiervoor onder meer naar de zelfde beschermingsregeling voor beide categorieën wat betreft de verbrekingsvergoeding. Dit lijkt door verzoekende partij op zich niet te worden betwist.

Verwerende partij haalt dit aan om aan te tonen dat het verschil in behandeling tussen particulieren of huishoudelijke gebruikers enerzijds en KMO's of kleinere niet-huishoudelijke gebruikers anderzijds wat betreft de levering van energie niet overbelicht moet worden. Zij lijkt hiermee op het eerste gezicht te bedoelen dat dit onderscheid aldus naar het realiseren van de groepsaankoop minder van belang is in die zin dat het niet vereist lijkt dat een afzonderlijke veiling zou moeten worden georganiseerd voor bedrijven met afzonderlijke voorwaarden en modaliteiten. Dit zou ook blijken uit het feit dat zij het organiseren van een gezamenlijke veiling voor de beide doelgroepen, te weten bedrijven en particulieren, positief beoordeelde in de offerte van PrizeWize. Hiermee lijkt verwerende partij dan ook meteen aan te tonen hoe het mogelijk is dat kleinere bedrijven en particulieren kunnen deelnemen aan een zelfde

groepsaankoop, wat ook zou blijken uit de door PrizeWize voorgelegde referenties. Zij stelt echter dat zij in het bestek wel het onderscheid nog gemaakt heeft omdat zij van de inschrijvers wel een andere aanpak verwacht voor particulieren enerzijds en bedrijven anderzijds wat betreft de communicatie omtrent de groepsaankoop en omtrent de begeleiding op maat bij de groepsaankoop.

Verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht het feit dat kleinere niet-huishoudelijke afnemers aan dezelfde groepsaankoop als particulieren mogen deelnemen niet te betwisten, minstens toont zij niet op evidente wijze aan waarom dit niet zou mogen. Zij geeft ook zelf toe in haar verzoekschrift dat de regelgeving omtrent de verbrekingsvergoedingen en de aanpassingen van de prijzen op dit punt werd gewijzigd. Zij beperkt er zich echter toe te stellen dat verwerende partij zelf het onderscheid tussen particulieren en bedrijven heeft willen behouden in het bestek. Zoals gezegd, lijkt de reden hiervoor echter niet te liggen in het feit dat een gezamenlijke groepsaankoop niet mogelijk zou zijn.

15. Tot besluit kan dan ook worden gesteld dat verwerende partij bij de beoordeling van de referenties die werden voorgelegd door de gekozen inschrijver toepassing heeft gemaakt van de selectievereiste vermeld in het bestek op een wijze die de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten gaat, noch heeft zij daarbij de gelijke behandeling tussen de inschrijvers in het gedrang gebracht. Verzoekende partij toont voorts niet aan dat de bestreden gunningsbeslissing waarbij de gekozen inschrijver werd geselecteerd niet afdoende werd gemotiveerd of niet zou steunen op in feite en in rechte aanvaardbare motieven.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

16. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “het zorgvuldigheidsbeginsel, de schending van de materiële

motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur, [...] van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Grondwet) en het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’.

Verzoekende partij betoogt in de toelichting bij haar middel dat het onderzoek naar de geschiktheid van PrizeWize niet zorgvuldig gebeurd is. PrizeWize brengt geen enkele referentie naar voor van groepsaankopen voor bedrijven maar enkel voor groepsaankopen van particulieren waarvan ze beweert dat het niet uitgesloten is dat bedrijven er op inschrijven zonder de minste motivering van de effectieve hoeveelheid bedrijven die hierop zouden hebben ingeschreven. Het louter niet uitsluiten van KMO's voor de groepsaankopen voor particulieren, is niet het selectie criterium dat in het bestek staat beschreven. De vraag rijst wat PrizeWize belet aan te tonen op grond van concrete gegevens dat er effectief bedrijven hebben ingeschreven op hun groepsaankopen van particulieren.

Het feit dat PrizeWize beschikt over energievergelijkers of een speciale offerte module voor grootzakelijke gebruikers is evenmin relevant voor de beoordeling van de minimaal op te geven referenties zoals omschreven in het bestek.

Daarnaast merkt verzoekende partij op dat de aanbestedende overheid documenten heeft toegevoegd aan het administratief dossier tijdens de eerste schorsingsprocedure die dateren van na de eerste gunningsbeslissing. Opmerkelijk is het feit dat de rechtvaardiging van de referenties met cijfers omtrent de KMO's voor het eerst worden aangehaald op 22 maart 2013, hetgeen acht dagen later is dan de gunningsbeslissing van 14 maart 2013. Opvallend is dat deze referenties opnieuw niet zorgvuldig onderzocht zijn.

Verzoekende partij onderwerpt vervolgens een aantal referenties aan afzonderlijke kritieken.

Zo zou voor de referentie ‘Which’ lijken te gelden dat bedrijven niet kunnen deelnemen aan de betrokken groepsaankoop voor particulieren

aangezien uit het vragen & antwoorden formulier blijkt bij vraag 7 dat klanten met een bedrijfstarief niet kunnen overstappen via deze groepsaankoop.

Ten aanzien van de referentie ‘Deco Pro Test – Portugal’ is het opvallend te moeten vaststellen dat de periode van de groepsaankoop zich uitstrekt in de toekomst van 25 februari 2013 tot en met 28 juni 2013. Aangezien de referenties op 25 februari 2013 dienden te worden ingediend, kan deze referentie niet in aanmerking worden genomen.

Ten aanzien van de referentie binnen ‘TA Groepsaankoop’ wijst de bewoording “Dat maakt het zeer waarschijnlijk dat het aandeel van de KMO’s op het totaal aantal inschrijvers groter is dan 0,66%” er op dat er louter toepassing wordt gemaakt van een hypothese zonder dat wordt aangetoond dat er effectief 1000 inschrijvers waren. Een particulier met een beweerdelijk zelfstandige activiteit blijft een particulier en is geen bedrijf.

Verzoekende partij meent voorts dat ook voor de referentie ‘Consumentenbond’ niet precies wordt aangegeven hoeveel bedrijven effectief hebben ingeschreven. Er wordt enkel gegoocheld met verbruiksstatistieken maar dit zegt niets aangezien particulieren grootverbruikers van elektriciteit kunnen zijn.

Aldus voldoet geen enkele referentie aan de selectievereiste.

Beoordeling

17. Voor de bespreking van het tweede middel kan in hoofdorde worden verwezen naar de bespreking van het eerste middel.

Bij de beoordeling van het eerste middel is reeds gebleken dat verwerende partij op het eerste gezicht een zorgvuldig onderzoek heeft gewijd aan de door de gekozen inschrijver voorgelegde referenties waarbij tevens het patere legem beginsel en het gelijkheidsbeginsel in acht werden genomen.

Met verwerende partij dient voorts te worden vastgesteld dat de opmerking dat de rechtvaardiging van de referenties acht dagen na de eerste

gunningsbeslissing zou zijn verstrekt, te dezen niet relevant is, aangezien deze toelichting werd gevraagd in het kader van de voorbereiding van de huidige bestreden gunningsbeslissing en dus in ieder geval voorafgaand aan de bestreden gunningsbeslissing werd verkregen en mee in overweging werd genomen.

18. Wat betreft de meer gedetailleerde kritiek op de specifieke referenties die werden voorgelegd door PrizeWize kan met verwerende partij voor een aantal kritieken worden opgemerkt dat verzoekende partij hier slechts bedenkingen uit in de zin van “het is opvallend”, “het lijkt” zonder dat verzoekende partij duidelijk uiteenzet welk van de in de hoofding van het middel aangehaalde bepalingen of beginselen werden geschonden en op welke wijze dit gebeurde. Een dergelijke uiteenzetting kan bezwaarlijk als een ontvankelijk middel worden beschouwd.

In ieder geval kan het volgende worden opgemerkt.

Ten aanzien van de mogelijkheid tot het voorleggen van dezelfde referenties voor bedrijven als particulieren kan worden verwezen naar de bespreking van het eerste middel.

Ten aanzien van de bedenking van verzoekende partij dat de referentie betreffende de groepsaankoop Which ten onrechte in aanmerking zou zijn genomen omdat het lijkt dat bedrijven daar niet aan konden deelnemen, licht tussenkomende partij in haar verzoekschrift toe dat geen bedrijven in het algemeen werden uitgesloten van “The Big Switch” of grote overstap, zoals de groepsaankoop werd genoemd, maar enkel dat bedrijven die via een andere leverancier reeds genoten van een speciaal “business tariff” niet konden worden overgenomen. Kleine en middelgrote bedrijven die geen overeenkomst hadden met een energieleverancier op grond van een bedrijfstarief contract, konden wel een nieuw energiecontract aanvragen. Dat deze eerste groep werd uitgesloten lijkt op zich geen reden om de referentie niet te aanvaarden aangezien in de selectievereiste niet werd gesteld dat deze betrekking dienden te hebben op groepsaankopen voor bedrijven die een speciaal tarief beoogden voor bedrijven.

Wat betreft de opmerking van verzoekende partij dat geen enkele verwijzing wordt gemaakt naar concrete bedrijven die hebben ingeschreven moet worden vastgesteld dat dit niet vereist leek volgens het bestek en verzoekende partij bovendien zelf bij haar referenties ook geen enkele verwijzing naar concrete bedrijven voegde.

Wat betreft de kritiek van verzoekende partij ten aanzien van de referentie met betrekking tot Deco Portugal lijkt met verwerende partij te kunnen worden vastgesteld dat deze referentie niet mee in overweging werd genomen bij de herevaluatie en het nemen van de bestreden gunningsbeslissing.

Ten aanzien van de kritiek dat verwerende partij dat bij de beoordeling van de referentie met betrekking tot de groepsaankoop voor Testaankoop slechts uitgaat van hypothesen zonder dat er aangetoond zou worden dat er effectief 1.000 bedrijven hebben ingeschreven, kan worden opgemerkt dat de gekozen inschrijver in de bijkomende toelichting met haar e-mail van 15 mei 2013 aangeeft dat er voor deze opdracht 1.721 bedrijven voor gas waren ingeschreven en 2.511 bedrijven voor elektriciteit. De verwijzing naar het citaat dat verzoekende partij aanvoert, komt uit het mailverkeer dat vooraf ging aan de bijkomende vraag tot toelichting van verwerende partij en werd dus niet opgenomen in de e-mail van de gekozen inschrijver van 15 mei 2013 met de bijkomende toelichting bij de aantallen ingeschreven bedrijven. Gelet op de latere toelichting in de e-mail van 15 mei 2013 lijkt dit citaat niet meer relevant, minstens blijkt niet dat verwerende partij dit zou betrokken hebben in haar beoordeling van de referenties van de gekozen inschrijver. Er kan ook weerom op worden gewezen dat verzoekende partij schijnt te vereisen dat de gekozen inschrijver nog andere bewijzen had voorgelegd van de effectieve inschrijving door bedrijven terwijl verzoekende partij zelf bij haar referentie geen enkele verdere toelichting of bewijs gaf behalve haar eigen verklaring dat er zoveel bedrijven hadden ingeschreven. De stelling van verzoekende partij dat een particulier met een zelfstandige activiteit een particulier blijft, lijkt op het eerste gezicht ook niet te kunnen worden bijgevalen, aangezien verzoekende partij zich in haar verzoekschrift zelf aansluit bij het onderscheid huishoudelijke gebruikers en niet-huishoudelijke gebruikers en het op het eerste gezicht niet uitgesloten lijkt dat een zelfstandige afnemer – natuurlijke persoon of rechtspersoon -, die energie afneemt die niet voor eigen

huishoudelijk gebruik bestemd is, als een niet-huishoudelijke gebruiker zou worden gekwalificeerd.

De kritiek van verzoekende partij is dus niet van aard aan te tonen dat verwerende partij de referenties van de gekozen inschrijver op onredelijke wijze zou hebben beoordeeld.

Evenmin wordt aangetoond dat de bestreden gunningsbeslissing waarin de gekozen inschrijver werd geselecteerd niet naar behoren werd gemotiveerd dan wel in feite of in rechte niet op draagkrachtige motieven zou steunen.

Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

19. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Prize Wize Holding tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 juli 2013,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Dierk Verbiest